

UMA AVENTURA JURÍDICA NO CAMPO DO DIREITO DO TRABALHO

Lázaro Antonio Moreira

*Professor vinculado ao Instituto de Direito Público e Privado da
Universidade de Alfenas. Orientador de estágio e
advogado militante na Comarca de Alfenas.*

1. INTRODUÇÃO

Por reiteradas vezes fui chamado a atuar profissionalmente, como advogado, em defesa de empresa comercial, no pólo passivo, em processo movido por representantes comerciais que desligaram da representação, quer seja por sua iniciativa ou por dispensa da representada, sob a alegação de que ocorreu mascaramento da relação de emprego com o contrato de representação comercial, razão pela qual pedem a declaração de que a relação havida como a de emprego e por pedido mediato requerem direitos trabalhistas: aviso prévio, férias, 13º salário, FGTS, etc.

* Trabalho apresentado à banca examinadora do Curso de Pós-Graduação, ministrado na Faculdade de Direito da Universidade de Alfenas-MG, para obtenção do título de especialista em Direito do Trabalho.

Acontece que as referidas ações foram julgadas improcedentes, porquanto os reclamantes não conseguiram provar a relação de emprego ou que os documentos firmados quando da contratação fossem simulados.

A par destes fatos é que resolvi fazer a presente monografia sobre a conduta daquele representante comercial que conscientemente firma o contrato de representação comercial e o executa por longos anos como tal; todavia, depois recorre à Justiça do Trabalho objetivando caracterizar relação de emprego para garantir os direitos trabalhistas em prejuízo da representada, numa autêntica aventura jurídica, através de uma lide temerária.

Dai, esta conduta ser considerada como de litigância da má-fé, sujeitando todas as consequências jurídicas previstas no Código de Processo Civil.

2. HISTÓRICO

Segundo Rubens Requião, a mais remota referência à profissão de representante comercial é encontrada num dos romances de Balzac, em 1837, em que se refere ao *commis voyageurs*, para apresentar sob essa qualificação o personagem M. Goudissart, identificado pelo Prof. Hénard como agente comercial.

Essa nova atividade, integrante da atual técnica de comercialização de produtos oriundos sobretudo da manufatura, constitui uma consequência do desenvolvimento da economia moderna. Quando os primitivos e rudimentares meios de comunicações distanciavam as diversas praças comerciais, a circulação das riquezas entre elas era promovida por técnicas contratuais antigas, como a da comissão mercantil. As dificuldades de comunicações impunham ao produtor consignar em mãos do comissário as mercadorias de que era proprietário, para serem vendidas aos clientes como se fossem dele, isto é, em seu nome, embora por conta do comitente. Todas as reclamações e ações eram suportadas pelo comissário que, por assim dizer,

envolvia o comitente. Cabia-lhe, apenas, na relação interna que se estabelecia, prestar contas ao comitente.

Essa atividade, que reais serviços prestou ao comércio entre praças distantes, concorria com o vendedor ambulante, o mascate, que viajava pelo *hiterland*, no lombo de bestas, vendendo diretamente ao consumidor, muito embora também abastecesse os armazéns das pequenas cidades do sertão.

Com efeito, com a melhoria das estradas, após a implantação das ferrovias e das rotas de navegação a vapor mais organizadas e regulares, o sistema de comercialização foi se aperfeiçoando, passando a indústria mais aparelhada a enviar empregados para que vendessem seus produtos, colhendo pedidos que depois eram aviados e remetidos. Esses viajantes, empregados externos dos estabelecimentos, pela sua mobilidade foram alcunhados de *cometas*, figura que subsiste até os dias presentes.

Mas a complexa organização da empresa moderna, a responsabilidade do proponente pelos atos do preposto que agia longe de suas vistas, a concepção ampla dos direitos sociais, logo levou os empresários produtores a perceber que melhor seria se contassem com colaboradores externos independentes. Esses agentes agiriam por si, com autonomia e independência, constituindo a longa mão da empresa. Suas atividades, sendo desvinculadas da empresa, reduziam as responsabilidades do empresário e comprimiam os custos e riscos operacionais. A remuneração deixava de ser fixa, para tornar-se comissão, expressa em percentual sobre o valor da produção, ou seja, sobre o valor das operações agenciadas acolhidas pelo representado.

Logo esse tipo de atividade se disseminou no meio comercial, constituindo uma numerosa classe. Sem necessidade de maior qualificação profissional, a representação comercial pode ser desempenhada por qualquer pessoa, mesmo que não disponha de capital, bastando ter capacidade para comerciar. Todo o trabalho de mediação se realiza pelo esforço pessoal do agente ou representante comercial, quase sempre vendedor autônomo, na sua

faina de colocar no mercado produtos ou negócios da empresa representada.

Assim, sem regulamentação legal e sem tipicidade, o contrato de agência ou representação comercial surgiu no mundo jurídico, de forma nebulosa. Como o agente atuava pelo contrato, por conta e em nome da empresa representada sem nele vincular sua responsabilidade, o mais fácil e comum era equipará-lo ao mandatário e, mais especialmente, ao comissário mercantil. Mas a representação comercial se diferencia da comissão mercantil porque nesta o comissário age no próprio nome, embora por conta do comitente. A identidade do contrato de agência ou representação comercial como o mandato, por outro lado, encontrava sério obstáculo na concepção romanística deste. No Direito Romano, com efeito, o contrato de mandato era concebido para negócios isolados, prestado de forma gratuita. Desconhecia-se o mandato como capaz de fundamentar uma atividade profissionalizante.

Atualmente, as legislações dos principais países modernos regulam o contrato de agência comercial. É de lembrar, além do Código Germânico e da Lei Francesa, a Lei Austríaca, de 24 de Junho de 1921; o Código Civil Italiano, de 1942; a Lei Suíça, de 1949; o Código de Comércio Japonês de 1951; na Argentina, Lei nº 15.546, de 1958 e, no Brasil, a Lei nº 4.886, de 9 de dezembro de 1965.

3. CONCEITO LEGAL

Exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para transmiti-los aos representados, praticando ou não atos relacionados com a execução de negócios.

Parágrafo único. Quando a representação comercial incluir poderes atinentes ao mandato mercantil, serão aplicáveis, quanto ao exercício deste, os preceitos próprios da legislação comercial.

(Art. 1º - Lei nº 4.886/65)

Da leitura deste artigo podem ser anotadas as seguintes características atinentes à representação comercial:

- a) atividade empresarial;
- b) não eventualidade das prestações;
- c) a mediação para a realização de negócios mercantis;
- d) autonomia da atividade do agente.

O exercício de representação comercial, tanto pode ser exercido isoladamente pelo agente, pessoa física, como pode ser praticado por pessoa jurídica; por consequência, afluí a primeira característica: atividade empresarial. A representação pode ser de uma única empresa, vale dizer, exclusiva, não exclui a relação de representação comercial. Por outro lado, o contratante pode representar várias empresas e não constituir violação contratual, salvo a representada tenha reservado para si totalmente a atividade do agente exclusivamente.

A atividade, para configurar a representação comercial, há de ser exercida de forma contínua e permanente, em caráter profissional.

A mediação é outra característica da atividade. O representante comercial é tipicamente um mediador, podendo essa mediação orientar-se para a colheita, apenas, de propostas ou pedidos, aproximando o vendedor do comprador, ou completando essa tarefa com *atos relacionados com a execução dos negócios*.

A última característica da relação de representação comercial, sem dúvida a mais imperativa, é a da autonomia da atividade mediadora do representante comercial.

4. A CONTRATAÇÃO

É comum as representadas somente fazerem a contratação por escrito dos representantes comerciais, além do mais, que estes estejam regularmente inscritos no Conselho Regional de Representantes Comerciais - CORE.

O contrato de representação comercial deve atender à disciplina do art. 27 da Lei nº 4.886/65 quando feito por escrito, porém, admite-se a validade de contrato verbal, em face da realidade.

Assim, satisfeitas as exigências e aceitas as condições propostas pela representada, o representante é contratado regularmente, sob égide da Lei Federal nº 4.886/65, passando a executar o seu trabalho.

Entretanto, após extinto o contrato de representação, independentemente da forma, o representante ingressa na Justiça do Trabalho requerendo o reconhecimento da relação de emprego, omitindo o contrato de representação comercial.

Em consequência e em face do direito constitucional da jurisdição, o Poder Judiciário é obrigado a enfrentar o mérito da demanda quando deve verificar os aspectos que dão forma e conteúdo à relação jurídica para proferir o veredito final.

5. A DISTINÇÃO

A questão a ser enfrentada, em primeiro lugar, é a determinação da natureza jurídica da relação de trabalho havida entre as partes litigantes: prestação autônoma de serviços ou vínculo empregatício.

A despeito da posição de alguns doutrinadores que entendem que, formado o contrato de representação comercial, sem qualquer vício, o representante não pode socorrer da Justiça especializada para dirimir dissídios, litígios ou controvérsias com empresas representadas, porquanto, a estes a competência é da Justiça comum.

Todavia, não tem sido essa a postura da maioria dos doutrinadores e dos Tribunais trabalhistas.

Pela doutrina, são os seguintes critérios para distinção entre o autônomo e o empregado: a) *de certeza*, que, se presentes, configura um contrato de trabalho; b) *de indício*, que, se encontrados, podem conduzir aos elementos de certeza ou à sua exclusão; c) *excludentes*, que afastam por completo a idéia de subordinação do trabalhador. São elementos de certeza: submissão da energia de trabalho ao reclamado durante certo lapso de tempo, diário, semanal e mensal, com controle empresarial; obrigação de comparecimento pessoal à empresa, diária, semanal ou mensalmente; obediência a métodos de venda da empresa; fixação de período de viagem pela empresa; recebimento de instruções para o aproveitamento da zona de trabalho; e obediência ao regulamento da empresa. São elementos de indício: recebimento de uma quantia fixa mensal; utilização de material da empresa, tais como pastas, talões de pedidos, lápis; uso de papel timbrado da empresa; obrigação de um mínimo de produção; recebimento de ajuda de custo; obrigação de prestar pessoalmente o trabalho. São elementos excludentes: existência de escritório próprio com admissão de auxiliares; substituição constante do representante por outra pessoa na prestação de serviços; pagamento de imposto sobre serviços; registro no Conselho de Representantes Comerciais.

O Judiciário Trabalhista, por sua vez, tem fixado critérios para a distinção que não fogem aos expostos, concluindo pela existência da relação de emprego ou pela inexistência.

A atividade do representante comercial tem pontos comuns e divergentes da relação de emprego; no entanto, os pontos comuns não podem servir de ponto de diferenciação para fixar da existência da relação jurídica de emprego.

A Lei nº 4.886/65 possui dispositivos subordinativos do representante em relação à representada; no entanto, não são aqueles encontrados na subordinação jurídica hierárquica do empregado expressa no art. 3º consolidado.

Por fim, de uma forma geral, têm sido rejeitados pedidos formulados por representantes quando não configurada a relação de emprego, sobretudo pelo elemento subordinação jurídica que tipifica o empregado.

Ora, como foi dito alhures por Paul Colin *por subordinação jurídica entende-se um estado de dependência real criado por um direito, o direito do empregador de comandar, dar ordens. Eis a razão pela qual se chamou a esta subordinação de jurídica, para opô-la principalmente à subordinação econômica e à subordinação técnica, que comporta também uma direção a dar aos trabalhos do empregado, mas direção que emanaria apenas de um especialista. Trata-se, aqui, ao contrário do direito completamente geral de superintender a atividade de outrem, de interrompê-la ou de suscitá-la à vontade, de fixar limites, sem que para isso seja necessário controlar continuamente o valor técnico dos trabalhos efetuados. Direção e fiscalização, tais são os dois pólos da subordinação jurídica.*

Délio Maranhão escreve que o empregador, exercendo um empreendimento econômico, reúne, em sua empresa, os diversos fatores de produção. Esta, precisamente, sua função social. Desses fatores, o principal é o trabalho. Assumindo os riscos do empreendimento, como proprietário do negócio, claro que lhe teria de ser reconhecido o direito de dispor daqueles fatores cuja reunião constitui uma unidade técnica de produção. Ora, sendo o trabalho, ou melhor, a força de trabalho, indissoluvelmente ligada à sua fonte, que é a própria pessoa humana do trabalhador, daí decorre, logicamente, a situação subordinada em que este fica relativamente a quem pode dispor do seu trabalho.

De um lado, temos a faculdade de o empregador utilizar-se da força de trabalho do empregado - um dos fatores de produção de que dispõe - no interesse do empreendimento cujos riscos assumiu; de outro, a obrigação do empregado de se deixar dirigir pelo empregador, segundo os fins que este se propõe alcançar no campo da atividade econômica. Mas, como acentua Arion Romita, é atividade do empregador que está em jogo: subordinação é,

pois, essencialmente, de ordem objetiva (A Subordinação no Contrato de Trabalho, Rio, Forense, 1979, p. 81).

Exatamente porque o trabalho é um dos fatores de produção, colocado à disposição do empregador mediante o contrato de trabalho, a obrigação de prestar serviços, decorrente desse contrato, como salienta D'Eufemia, implica uma certa indeterminação do conteúdo específico de cada prestação e, consequentemente, o direito do empregador de definir, no curso da relação contratual e dos limites do contrato, a modalidade de atuação concreta do trabalho (faça isto, não faça aquilo; suspenda tal serviço, inicie outro). Daí porque, na frase de Luísa Sanseverino - tantas vezes citada, quanto mais o trabalho se espiritualiza, tanto mais a subordinação é rarefeita.

Conclui.

Da subordinação, enfim, resulta para o empregador o poder de:

a) dirigir e comandar a execução da obrigação contratual pelo empregado;

b) controlar o cumprimento dessa obrigação;

c) aplicar penas disciplinares (advertência, suspensão, dispensa) quando o empregado não satisfaz, devidamente, a prestação a que se obrigou, ou se comporta de modo incompatível com a confiança, que está na base do contrato. (Direito do Trabalho, FGV, 1992, ps. 51/52).

Tem sido uma das tarefas tormentosas para o intérprete e o julgador a distinção entre a figura do representante comercial e a figura do empregado definida em lei (art. 3º da CLT) tal a zona fronteira existente entre essas duas categorias de trabalhadores, como dizem alguns, anular a zona cinzenta.

A conclusão será definida pela intensidade da subordinação, porquanto, a atividade do representante comercial também tem o caráter subordinativo, posto que o representante deve obedecer às instruções do representado e sujeitar-se ao controle da contratante.

“REPRESENTAÇÃO COMERCIAL x RELAÇÃO DE EMPREGO. *Em face da comunhão de características inerentes aos contratos de trabalho e de representação comercial, a natureza da relação havida entre as partes deve ser perquirida à luz da extensão da autonomia na prestação de serviço. Inexistindo, nos autos, elementos que denotem a existência de subordinação hierárquica, tais como o controle da jornada, a exigência de cumprimento de roteiros preestabelecidos, a utilização de método de vendas específico, a participação de reuniões e a necessidade de se atingir cota mínima de produção, impõe-se o não reconhecimento da relação de emprego.*” (TRT-RO-2386/95, 4ª T do TRT 3ª Região, Rel. Juiz Luiz Roman Neves Koury, Julgado em 22-3-95).

“RELAÇÃO DE EMPREGO x CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL: *Ao que se infere do art. 3º da CLT e do disposto na Lei nº 4.886/65 (com alterações inseridas pela Lei nº 8.420/92), os contratos de emprego e de representação comercial possuem elementos comuns. A subordinação jurídica, no entanto, é o que os diferencia. Comprovada nos autos a inexistência deste referencial, não se há de falar em relação de emprego. Recurso Ordinário a que se dá integral provimento.* (TRT-RO-6670/95, 5ª T do TRT 3ª R., Rel. Juíza Denise Alves Horta, julgado de 17-7-95).

REPRESENTANTE COMERCIAL AUTÔNOMO E EMPREGADO: DISTINÇÃO ENTRE AS FIGURAS JURÍDICAS: *Comprovada, por distintos documentos, a representação comercial autônoma, passa ao autor o ônus de provar tratar-se a relação jurídica formal de mera simulação* (art. 389, I, CPC). *Evidenciado, pelo conjunto probatório,*

que o reclamante credenciava prepostos para o auxiliarem no exercício de suas funções de representante, desaparece a pessoalidade atávica à relação empregatícia (art. 2º e 3º da CLT). Sem os cinco elementos fático-jurídicos componentes da relação de emprego, inexistente a figura do empregado. (TRT - RO - 17230/94).

6. ÉTICA DO PROCESSO

Ao ter monopolizado a justiça e prometido a todos os homens e às pessoas jurídicas a tutela jurídica, tinha o Estado de estabelecer regras jurídicas que criassem deveres às partes, aos seus representantes e procuradores, inclusive advogados, bem como testemunhas, dos peritos, dos intérpretes, dos funcionários e serventuários de justiça e dos próprios juízes. (PONTES DE MIRANDA). Para este fim criou uma estrutura específica e órgãos do poder judiciário para prestação da tutela jurisdicional solicitada; contudo, exige-se uma conduta adequada das partes que devem se pautar com base na determinação da lei. Não estamos diante da fase em que o processo era um duelo privado entre as partes, sendo que havia um árbitro que não tinha jurisdição outorgada pelo Estado, ou seja: o poder de dizer o direito nos casos concretos a ele submetidos, de impor a solução às partes, utilizando, inclusive, de meios coercitivos para tanto.

Chiovenda já dizia, por volta de 1900, que as partes deveriam proceder com lealdade e boa fé no processo, ficando a parte que agisse de maneira temerária responsável pelas despesas processuais a que deu causa (*La condanna nelle epese giudiziali*, Roma, Società del For Italiano, 2ª ed., 1935, pp. 325:32). Inicialmente, o dever de lealdade processual era apenas do advogado, por uma questão ética, para mais tarde ser estendido às próprias partes.

As partes devem proceder em juízo com lealdade e boa fé, não só nas suas relações recíprocas, como também em relação ao

próprio juiz. Outro dever moral que as partes devem ter em juízo é o de dizer a verdade, procedendo com probidade no processo, ajudando o juiz na busca da real solução da lide, de maneira a encontrar a justa composição da demanda. Não quer dizer, entretanto, que as partes e seus advogados não possam esgotar o contraditório e a ampla defesa, de acordo com os meios e recursos a ela inerentes, porém sempre de acordo com os mandamentos legais e a lealdade e boa fé, que devem nortear qualquer indivíduo em qualquer lugar, especialmente no processo. Assim, as partes também tem o dever de colaborar com a administração da Justiça, verificando a correta aplicação da norma legal, possibilitando que o magistrado possa fazer a sua função principal, como órgão do Estado, que é dizer o direito das partes.

O CPC de 1973 inovou, porque não havia dispositivo correspondente anterior, ao estabelecer no art. 14 os deveres das partes e de seus procuradores, que são os seguintes a) expor os fatos em juízo conforme a verdade; b) proceder com lealdade e boa-fé; c) não formular pretensões descabidas ou fazer alegações destituídas de fundamento; d) não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito. Resultando, segundo Roberto Barcelos Magalhães, as principais virtudes do processo, para as quais as partes e os procuradores devem colaborar, por isso que são erigidas em princípios informativos do processo, quais sejam:

- a) o da veracidade;
- b) o da boa fé;
- c) o da celeridade.

A veracidade constitui princípio a ser observado pelas partes, condição para que o juiz não profira uma sentença injusta ou juridicamente errada.

Os Juízes romanos já diziam: *Damo facti, daboti jus*.

A parte que altera intencionalmente a verdade ou omite fatos essenciais ao julgamento da causa será reputada litigante de má fé,

sujeita a indenizar à parte contrária os prejuízos que esta sofreu (arts. 17 e 18).

Convencendo-se, pelas circunstâncias da causa, que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim proibido por lei, o juiz proferirá sentença que obste os objetivos das partes (art. 129).

A má-fé dos litigantes também se traduz pela reserva mental que, em matéria processual, consiste em formular alegações cientes de que são destituídas de fundamento (inc. III do art. 14), respondendo, por isso, por perdas e danos (arts. 16 e 18).

O princípio da celeridade não poderá ficar à mercê das partes requerendo provas ou praticando atos inúteis ou desnecessários.

(Comentários ao Novo Código De Processo Civil, vol. 1, p. 82, José Kofino Editor, 1978).

Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei Federal nº 8.906/94, define que: O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional praticar com dolo ou culpa e, em caso de lide temerária, o advogado será solidariamente responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria (art. 32, parágrafo único).

Portanto, através do processo, como método ou técnica estatual de solução dos conflitos inter-subjetivos de interesses protegidos pelo ordenamento jurídico, seja provido de seu conteúdo ético, capaz de justificar certas sanções que são impostas às partes, sempre que fazem mau uso dos direitos e faculdades processuais.

Esse conteúdo ético estaria, assim, a exigir a admissão da litigância de má fé, também no processo, com a conseqüente possibilidade de o próprio trabalhador ser condenado pela prática de atos dessa natureza.

Enquanto no direito privado, a lide temerária só atinge a outra parte, no processo também o Estado. Na hipótese, o indivíduo serve-se do Estado, recorrendo a seus órgãos jurisdicionais para prejudicar a outrem, ou para obter resultados ilícitos que seriam

inatingíveis sem o concurso do mesmo Estado, escreve Eduardo Gabriel Saad.

Como se vê, a segurança da Justiça como instituição estará também no respeito e seriedade com que as partes vão a juízo alegar suas razões.

Exatamente por isso é que o Código de Processo Civil pune a parte ou seu procurador que ingresse ou aja em juízo despido de lealdade, de lisura e do respeito com que o judiciário e a parte contrária devem ser tratados.

Cabe, pois, à parte, na medida de seu interesse, procurar fornecer ao julgador os elementos necessários à fixação da responsabilidade do litigante vencido de forma a abreviar e simplificar a execução- Sérgio Sahione Fadel, in Código de Processo Civil Comentado, Forense, 1984, vol. 1, p. 75.

Entre os deveres atribuídos às partes e seus procuradores, não temos dúvida em destacar o princípio da lealdade processual como de suma importância, visto que os demais gravitam à sua volta, pois, desde que haja lealdade, os fatos serão expostos conforme a verdade, não haverá pretensões ou defesas destituídas de fundamento e tampouco serão praticados atos ou produzidas provas desnecessárias ou inúteis.

Como bem salienta Vicente Grego Filho: No direito brasileiro, tem sido pouco desenvolvido o tema lealdade processual. O Código quis, porém, destacá-la porque é impossível a separação do processo dos princípios de conduta moral. Além da enumeração do art. 14, o Código prevê outros deveres éticos da parte, como, por exemplo, de comportar-se convenientemente em audiência (art. 445, II), não atentar contra dignidade da Justiça (art. 599), bem como tratar testemunhas com urbanidade e tratar-se reciprocamente com urbanidade (Paulo Lúcio Nogueira, in Curso Completo de Processo Civil, Forense, 4ª ed. p. 50).

7. DA LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ

A CLT não contém regulamento próprio, por consequência, aplica-se o CPC, por força da autorização do art. 769/CLT.

Assim, os juslaboristas manifestam:

A litigância de má fé, no plano singular do processo de trabalho, deve ser analisada sob dois aspectos: a) estar, o trabalhador, demandando sem advogado; ou b) com advogado constituído. Para alguns doutrinadores, é importante fazer a distinção, porque, quando o trabalhador usa do *jus postulandi*, entendem inaplicáveis os preceitos do CPC, pois, se a lei permite que eles promovam a defesa dos seus direitos pessoalmente, por desconhecerem as normas processuais, seria absurda a condenação. Por outro lado, se constituído advogado para ingressar em juízo, os atos supostamente de má-fé, via de regra, seriam praticados pelo advogado, não pelo trabalhador, embora somente este venha a ser condenado a indenizar os eventuais prejuízos acarretados ao adversário. Para outros, é aplicável na Justiça especializada, porém, sem aplicação da sanção, ante a hipossuficiência do trabalhador. Wagner D. Giglio defende “no que tange aos danos processuais causados pelo empregado, a aplicação das sanções por má-fé encontra óbices ainda maiores nas normas trabalhistas, inspiradas no princípio da gratuidade do processo. Assim, as penalidades consignadas no CPC não se aplicam aos beneficiados pela assistência judiciária. Lembremos que estão em condição de obter essa assistência, nos termos da Lei nº 5.584, de 26-6-70, a grande maioria dos empregados, muito embora a maior parte deles não reivindique esse benefício. Mesmo sem provocação do empregado, poderá o juiz do feito conceder, *ex officio*, a assistência judiciária gratuita aos empregados que ganhem salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, e a concessão desse benefício é incompatível com a aplicação das penalidades resultantes da má-fé. Essas penalidades já expostas, só podem incidir, portanto, nos casos de empregado que não goze de assistência, por não tê-la pleiteado nem obtido *ex officio*, ainda que respondesse aos requisitos econômicos exigidos, ou por não

fazer jus ao benefício face à melhor situação de vida em que se encontrava. Arremata: “As demais sanções previstas no CPC incidem nos casos de má fé do empregado não beneficiado por assistência judiciária gratuita. Assim, deve ser condenado a ressarcir os prejuízos processuais do empregador, no montante equivalente aos gastos que este efetuou com viagens do preposto, remuneração de perito-assistente, tradutor, intérprete ou outro assistente técnico, além de sofrer condenação em honorários advocatícios”.

A propósito leciona Amauri Mascaro Nascimento, “se entendermos que diante da hipossuficiência do trabalhador no processo trabalhista é aplicável o preceito mas não a sanção, totalmente ineficaz será o princípio. Será uma *luz que não ilumina* ou uma *chama que não queima*. Melhor seria, desde logo, afirmar, então que, no processo trabalhista, as partes estão dispensadas de observar a regra, com o que não concorda o autor. Conclui, a adoção do preceito está vinculada à aceitação da sanção, sendo inútil qualquer tentativa de desvinculação. Sugere assim, conciliar as duas ordens de imperativos, o da moralidade dos processos trabalhistas e o do respeito à situação econômica do trabalhador, eis que o Juiz deve, se for o caso, condenar também o reclamante ao pagamento de indenização ao reclamado, sempre que reputado litigante de má-fé, porém, fixando o *quantum* da indenização em correspondência com a possibilidade do trabalhador. Finaliza, “que uma indenização de pequeno valor mais para efeitos morais, mas deve condenar. Quanto aos honorários de advogado, há lei expressa trabalhista, de modo que difícil será a sua cominação”. Há também aqueles que entendem que deve aplicar inteiramente a disciplina do CPC às lides trabalhistas, por força do art. 769/CLT, não vendo qualquer incompatibilidade, salvo se o empregado gozar da justiça gratuita, ou aquele trabalhador que perceber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, quando provoca a incidência automática da assistência judiciária gratuita, *ex vi* art. 14 da Lei nº 5.584, de 26 de junho de 1970, como Sérgio Pinto Martins, *in Direito Processual do Trabalho*, São Paulo, Atlas, 1993, ps. 116/7.

No tocante aos honorários, o mesmo autor, Sérgio Pinto Martins, abona a posição de que os honorários de advogado serão devidos pelo litigante de má fé, inclusive o empregado, salvo se este gozar dos benefícios da justiça gratuita. A sentença é que irá fixar os referidos honorários, que serão arbitrados pelo juiz entre 10 a 20% sobre o valor da condenação devidamente corrigido e acrescidos de juros, sendo inaplicável o limite de 15%, previsto na Lei nº 1.060 (Lei de assistência judiciária), pois a hipótese específica é a regulada no CPC. Entende, contudo, que o juiz não poderá condenar solidariamente a parte e seu advogado, pois a penalidade é dada apenas quanto à parte e os terceiros intervenientes no processo e não seus procuradores, como se depreende do art. 16 do CPC e quando verificar que foi o advogado quem deu causa aos atos de litigância de má fé, oficiará à OAB, para que esta tome as medidas cabíveis.

Tenho encontrado alguns julgados declarando a litigância de má fé de uma das partes, todavia, nas ementas não consta qual foi a sanção aplicada ao litigante de má fé.

8 - CONCLUSÃO

No atual estágio em que se encontra o Direito, se por um lado permite a todos os que se sentirem lesados o direito de recorrer ao Poder Judiciário, como garantia constitucional, em contrapartida, deve-se reprimir toda conduta abusiva e contrária aos princípios éticos e morais.

O Estado exige uma conduta ética dos litigantes e de seus procuradores, com a finalidade de atingir, em cada caso, o ideal de justiça.

Certamente, se uma das partes altera a verdade dos fatos, além de causar prejuízo ao outro litigante, ludibria o próprio aparelho estatal encarregado de distribuir a justiça.

Por consequência, quando provada nos autos a litigância de má-fé de um dos litigantes, por corolário, há de ser aplicada a sanção do art. 14.

Para dizer qual era o conteúdo da relação jurídica havida entre as partes, no caso focado, o juiz adentra ao mérito, por esta razão é que julga improcedente a pretensão deduzida em juízo.

Desta forma, esgota a prestação jurisdicional solicitada através da ação, direito público subjetivo do autor, não obstante tenha rejeitado o pedido.

Daí, é de concluir que se deve penalizar o litigante de má fé.

A condenação deve abranger os prejuízos que esta sofreu, mais honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou, segundo dicção do art. 18/CPC.

O demandado terá dificuldade de demonstrar quais os prejuízos reais que sofreu em virtude da ação, contudo, no que pertine aos honorários e demais despesas, pode ser feita mediante comprovação objetiva nos autos, como juntada do contrato de honorários do advogado ou recibo de pagamento de honorários; recibo de pagamento de despesas de locomoção ou diárias de testemunhas, ou mediante apuração posterior determinada a execução por arbitramento. Entendo que a indenização, no tocante aos honorários, deve corresponder ao valor efetivamente dispendido pela parte inocente.

Aliás, as modificações introduzidas no CPC (Lei nº 8.952, de 13-11-94) impõe que o juiz deve impor a sanção de ofício.

Assim pronuncia J. J. Calmon de Passos: “As modificações do art. 18 objetivaram, em primeiro, deixar claro que é dever do juiz, de ofício, condenar o litigante de má fé a indenizar à parte contrária os prejuízos que esta sofreu, mais honorários advocatícios e as despesas que efetuou. Antes, apenas se dizia que o litigante de má fé indenizaria a parte contrária, sem esclarecer, quanto ao poder do magistrado de impor de ofício, a sanção. Hoje, felizmente, nenhum juiz poderá escusar-se sob o fundamento de que faltou a provocação do interessado, visto como a aplicação da sanção constitui um dever que se lhe impõe.”

Arremata: “Sempre entendemos que a litigância de má-fé autorizava a condenação de ofício, pois se cuidava de sanção

processual, não direito da parte, a reclamar postulação. Quem primeiro é atingido é o Estado-juíz, induzido a exercer mal o seu poder-dever constitucional de dar efetividade às prescrições legais de ordem pública. Só reflexamente há o interesse do litigante. Felizmente, as dúvidas foram espancadas.”

Continua: “Sofreu alteração também o § 2º desse art. 18. Determina ele, agora, que o juiz fixe de logo a indenização, em quantia não superior a 20% sobre o valor da causa, ou mande se proceda a sua liquidação por arbitramento. Antes, previa-se que, não tendo elementos para declarar, desde logo, o valor da indenização, o juiz mandaria liquidá-la por arbitramento, na execução.”

“Subsistirá uma dúvida. É faculdade do magistrado optar entre a fixação de logo e o arbitramento? Se for, o *caput* do art. 18 perde todo sentido, pois ele fala em indenizar a parte dos prejuízos que ela sofreu e esses prejuízos são concretos, verificáveis, identificáveis. E se a indenização é do prejuízo efetivamente sofrido, não pode o juiz ter a faculdade de reduzi-los ou ampliá-los, considerando o valor da causa. Conciliando, ou melhor, compatibilizando, que é essa a terefa da boa hermenêutica, parece-me que o pretendido foi impor-se sempre a sanção, independente de prejuízo sofrido pela parte, para que o juiz tenha o referencial do valor da causa, um prejuízo *tarifado* e que se presume sempre existente. Se prejuízos reais decorreram e são apuráveis, essa apuração dar-se-á por arbitramento, apontando o interessado o que tem como representativo de seu prejuízo real, no qual não podem ser computados honorários advocatícios e despesas judiciais, que estes serão necessariamente imputados ao que litigou de má-fé reembolsará, sempre, seu adversário no tocante a honorários advocatícios e despesas processuais que efetuou.” (Inovações no Código de Processo Civil, Forense, 2ª ed., 1995, pp. 92 e 93).

Ante esta contundente explicação, concluo a presente para dizer que há de ser aplicado no processo do trabalho de forma integral e literal o disposto no CPC, em toda sua extensão e

consectários ao caso examinado que, com toda certeza, com esta medida profilática estará evitando que muitos outros ex-representantes comerciais intentem a mesma demanda, sobrecarregando ainda mais a jurisdição em sua nobre missão de solucionar os questionamentos jurídicos das partes, de forma a atingir ideal de justiça na pacificação dos conflitos.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FADEL, Sérgio Sahione, *Código de processo civil*, 1º v. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

GIGLIO, Wagner D. *direito processual do trabalho*, 8ª ed., São Paulo: LTr, 1988.

LAMARCA, Antônio Lamarca, *Representação comercial e relação de emprego*, artigo, Repertório IOB de Jurisprudência, 1ª quinzena de maio de 1987, nº 3/87, p. 29.

MAGALHÃES, Roberto Barcelos, *Comentários ao código de processo civil*, 3ª ed., Rio de Janeiro: José Kofino, 1978.

MARANHÃO, Délio, *Direito do trabalho*, 16ª ed, Rio de Janeiro; FGV, 1992.

MARTINS, Sérgio Pinto, *Litigância de má fé no processo do trabalho*, artigo, Repertório IOB de Jurisprudência, 2ª quinzena de novembro de 1993, nº 22/93, p. 398.

MIRANDA, Pontes de, *Comentários ao código de processo civil*, Tomo I, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro, *Direito processual do trabalho*, 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 1992.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio Nogueira, *Curso completo de processo civil*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1993.

PASSOS, J. J. Calmon, *Inovações do código de processo civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.

SAAD, Eduardo Gabriel, *Direito processual do trabalho*, São Paulo: LTr, 1984.